



Universidad
Carlos III de Madrid

 **-Archivo**

Repositorio Institucional



De la Cuesta Rute, José María de la. El Código Mercantil y el principio de unidad de mercado. En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Getafe : Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 47-64. ISBN 978-84-89315-79-2. <http://hdl.handle.net/10016/21086>

Obra completa disponible en: <http://hdl.handle.net/10016/20763>



Este documento se puede utilizar bajo los términos de la licencia Creative Commons [Atribución-NoComercial-SinDerivadas 3.0 España](http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/)

EL CÓDIGO MERCANTIL Y EL *PRINCIPIO DE UNIDAD DE MERCADO*

JOSÉ MARÍA DE LA CUESTA RUTE*

Resumen

Un Código mercantil, derogatorio del Cco. vigente y que coexista como éste con un Cc, no puede justificarse en función de un principio constitucional de unidad de mercado que, en rigor, no existe como tal principio. Por lo demás, la investidura bajo forma de código no añade nada a la fuerza que a las normas legales corresponde. El PCM supone la elección por el legislador estatal ordinario de un criterio para calificar su materia que, si bien coincide con la causa de que se afirmara el derecho mercantil como derecho especial frente al común o civil, traiciona sin embargo su sentido al mantenerlo una vez que se ha generalizado el sistema capitalista de mercado que es el que consagra, con todos los matices que se quiera, precisamente la CE. Consiguientemente, sobre todo al acoger normas generales sobre contratos y determinados tipos de éstos, el PCM constitucionaliza la dualidad de regímenes –civil y mercantil- de índole jurídico-privada en contra del carácter necesariamente *totalizador* de las operaciones económicas en el mercado en contra del sistema constitucionalizado y cuando la CE podía y debía haber sido ocasión de terminar con ese estado de cosas.

Contenido

1. Plan de este trabajo. — 2. ¿Un código mercantil? – 2.1. El porqué de un código mercantil. – 2.2. La delimitación de la materia mercantil. – 3. El mercado como referencia del derecho mercantil. – 3.1. Noción de mercado. – 3.2 La unidad de mercado. – 3.3 El *principio de unidad de mercado*. – 3.4. La unidad de mercado y el derecho privado patrimonial. – 4. Conclusión.

1. PLAN DE ESTE TRABAJO

Con fecha 30 de Mayo de 2014, el Consejo de Ministros hace suyo, aunque no sin grandes reformas de contenido, el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil cuya propuesta le fue entregada por la Sección Segunda de la Comisión General de Codificación que la había elaborado por Orden del Ministerio de Justicia de 7 de Noviembre de 2006¹. Desde varios puntos de vista, puede contemplarse el PCM y

* Catedrático emérito de Derecho Mercantil UCM.

¹ El encargo fue saludado con satisfacción, entre otros, por ILLESCAS, R., “Un nuevo Código de Comercio para España”, *DN*. N°196, Enero 2007.

varios, en efecto, han sido ya tanto los estudios sobre su contenido como las críticas que ha suscitado, entre otras cosas, por presentarse bajo la investidura de código algo que indudablemente no lo es².

El presente trabajo se limita a considerar lo que representaría el nuevo Código mercantil para la protección de la unidad del mercado nacional, según ese supuesto principio supuestamente establecido por la Constitución de 1978. Esa es, en efecto, la finalidad que se propone el nuevo Código a tenor de la Orden ministerial citada. Partimos de considerar que el derecho mercantil es la rama del derecho privado que se ocupa de las operaciones y relaciones del tráfico patrimonial. En la actualidad es un hecho, que por cierto no se cuestiona, que sobre aquellos actos y relaciones se proyectan normas de derecho público. Precisamente la relevancia pública de la actividad económica privada ha determinado que, como se ha dicho con acierto³, la delimitación de la materia mercantil presente una perspectiva jurídico-constitucional desde el momento que en ella incide el régimen de atribución de competencias que impone la organización territorial del Estado Autonomico. A la “legislación mercantil” se refiere de modo expreso el art. 149.1.6º CE para otorgar competencia legislativa exclusiva del Estado pero al destacarse esta atribución de competencia junto a otras que también recaen en el ámbito del derecho privado patrimonial es necesario determinar con el mayor rigor el carácter mercantil del sector de esa misma realidad pero que se atiende por otros ramas del derecho privado.

El presente trabajo ha de comenzar por considerar la trascendencia que pueda tener la investidura bajo la forma de Código de un conjunto normativo sobre materia mercantil. Cuestión esta que necesariamente se ha de continuar con la de cómo o por qué sabemos que es mercantil la materia que se recoge en el PCM.

Despejada esa cuestión, habremos de tener en cuenta la doble perspectiva, jurídico- pública y jurídico-privada, que presentan las relaciones e instituciones del tráfico patrimonial. A esos efectos, deberemos preguntarnos por el real significado de la *unidad de mercado*, lo que exige partir de un certero concepto de mercado para analizar después si se compadece el concepto de su unidad con la diferenciación que se desprenda de las competencias autonómicas para la intervención pública. Finalmente, el trabajo ha de culminarse con la consideración de las consecuencias de la

² YZQUIERDO TOLSADA, M., “El anteproyecto de Código mercantil y los pecados capitales” en ¿HAY DERECHO?:

<http://hayderecho.com/2014/06/30/el-anteproyecto-de-codigo-mercantil-y-los-pecados-capitales>

(consultado por última vez el 30 Junio 2014);

GRUPO ACTUALIZA., “Alegaciones a la propuesta del Código de Mercantil hecha por grupo Actualiza” en UNIVERSIDA DE GERONA:

http://civil.udg.edu/php/biblioteca/arxius/Documento_de_alegaciones.pdf (11 Noviembre 2013);

TENA ARREGUI, R., “Un Código nuevo en odres viejos”, RDM, nº 290, Octubre-Diciembre 2013. Desde el punto de vista de los organismos oficiales es especialmente crítico el “Informe sobre el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil” de 17 de Julio de 2014 de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. En sentido contrario y favorable al Anteproyecto la muy valiosa aportación de OLIVENCIA, M., “El Título Preliminar de la Propuesta de Código Mercantil”, RDM, Nº 290, Octubre-Diciembre 2013. Este último se tiene especialmente en cuenta en el presente trabajo.

³ GARCIA DE ENTERRIA, J., *La Competencia Exclusiva del Estado sobre la Legislación Mercantil*, en VVAA *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, MARTÍN-RETORTILLO Coord., Civitas. Madrid, 1991. pp. 4081 y ss.

consagración de un sistema dual de derecho privado patrimonial por la promulgación de un Código Mercantil.

2. ¿UN CÓDIGO MERCANTIL?

2.1. El porqué de un Código mercantil

Vamos a dejar por el momento al margen las dudas que legítimamente suscita la calificación “mercantil” aplicada al Código proyectado de las que pasaremos a ocuparnos inmediatamente. En este momento interesa centrarse en el porqué de promulgar precisamente un Código.

No importa insistir en que la Orden del Ministerio de Justicia de 7 de Noviembre de 2006 por la que se encarga la elaboración de la propuesta de lo que es ya PCM, declara que su finalidad consiste en asegurar la unidad del mercado nacional. Dejemos de lado ahora que lo que ha resultado del encargo no puede de ninguna manera considerarse un código porque dista de constituir un conjunto sistemáticamente ordenado de normas destinadas a regular una materia que se presenta homogénea desde el punto de vista jurídico por sus puntos problemáticos, y, por lo tanto, relevantes, para el derecho o, mejor, para alguna de sus ramas tradicionales, constituidas, por lo demás, no caprichosamente, sino en virtud de criterios jurídicos obtenidos por la experiencia y deducidos de la naturaleza de los problemas que han de ser jurídicamente resueltos⁴.

Pero si el PCM no es en verdad un código, el hecho de que se le llame así ha de ser porque, “nominalismos” tan usuales hoy día aparte, se considere que un texto que codifica las normas jurídicas garantiza o asegura mejor la unidad de mercado. Pensar de este modo es sin embargo por completo erróneo puesto que un código, incluso un verdadero código, no tiene una consideración distinta a la de una ley formal en el terreno de las fuentes del derecho. De suerte que por denominarse código, a la nueva ley que recoge el PCM no podrá reconocérsele una trascendencia diferente a la de cualquier otra ley.

Aunque sea anticipar ideas sobre las que habremos de volver más adelante, la preocupación por la salvaguarda de la unidad de mercado viene determinada, en primer término, por las diferentes competencias atribuidas por los respectivos bloques de constitucionalidad a las distintas Administraciones Públicas sobre aspectos que inevitablemente se proyectan sobre el mercado. En este sentido, acaso la denominación de código pudiera servir de fundamento para pensar que el nuevo texto deroga y sustituye al Código de comercio vigente y que, por consiguiente, toda la materia constitutiva del llamado derecho mercantil con arreglo al viejo código es mercantil con

⁴ Los tiempos de primacía de racionalismo inspirador de los códigos no cabe duda que han pasado. En este sentido ofrecen especial interés las aportaciones en de MENENDEZ, A., “Autonomía económica liberal y codificación mercantil española” en VVAA., *Centenario del Código de Comercio*. Vol. I, Ministerio de Justicia. Madrid, 1986, pp. 45 y ss; DUQUE, J., “El Código de Comercio de 1885 en el marco de la codificación mercantil de su época”, en VVAA., ob.cit., pp. 85 y ss.

las consecuencias derivadas de la reserva de competencia legislativa exclusiva del Estado conforme al artículo 149.1.6º CE.

Pero ni aun así es justificable la denominación de código para la nueva ley porque, además de la conocida inseguridad acerca de la razón de “mercantilidad” de la materia del Código de comercio y de que, en virtud de su artículo 2º, la materia por él recogida no agota aquella a la que debe aplicarse, el PCM no se ocupa de sectores de realidad a los que si se refiere el Código de comercio vigente, del mismo modo que establece, en cambio, un nuevo régimen para materias desconocidas por este último o que pasaron a ser reguladas por leyes especiales.

Tal sucede con el sector del derecho marítimo, del que se ocupaba el Libro Tercero del Código de comercio y hoy es materia de la Ley de Navegación Marítima, de 25 de Julio de 2014, que lo deroga expresamente; lo mismo cabe decir del sector de la Suspensión de Pagos y de las Quiebras de las que trataba el Libro Cuarto del Código de comercio hoy sustituido por la Ley Concursal, de 9 de Julio de 2003. Por otra parte, materias concretas contempladas antes por Código de comercio y emancipadas después para ser reguladas por leyes especiales, tales como los títulos valores y el contrato de seguro, son ahora de nuevo acogidas por el PCM. No debe dejar de citarse aquí que la materia relativa la propiedad industrial que se menciona en el artículo 149.1.9ºCE forma parte de la que se ocupa el PCM (cfr. Título VI del Libro Tercero). Y, por primera vez el PCM alberga el régimen de la competencia. Si a todo esto unimos que el PCM recoge también figuras completamente nuevas, se comprenderá que se niegue la adecuación entre ambos textos por lo que se refiere a su materia y, por lo tanto, subsisten en el plano dogmático las dudas inherentes a la incertidumbre básica sobre la razón de la “mercantilidad” de la materia prejurídica que se aglutina en el PCM.

Consecuencia de todo lo dicho, es que carece de fundamento designar Código Mercantil a la Ley a que se refiere el Anteproyecto de que nos ocupamos aquí.

2.2. La delimitación de la materia mercantil

Es indudable que la ordenación sistemática en que consiste un código permite, y hasta exige, descubrir el revés de la trama sobre el que se traza su normativa, esto es, la *ratio* que fundamenta el tratamiento unitario de la materia sobre la que versa. Esta pretensión es la que ha presidido la decisión de acometer la elaboración del PCM como se puede deducir de las palabras, que en esta ocasión también dicen tanto como ocultan, de la Orden ministerial de 7 de Noviembre de 2006. Se habla allí de que con el nuevo Código mercantil “*se integrará y delimitará la legislación mercantil existente y se modernizará y completará, en la medida que se estime oportuno, la regulación vigente que afecte a las relaciones jurídico-privadas vinculadas a las exigencias a la unidad de mercado*”. Estas palabras, por una parte, contienen el enunciado de un propósito al decir que se delimitará la legislación mercantil y, por otro lado, indican el criterio para esa delimitación.

Empezando por esto último que tiene, como es obvio, la primacía lógica, no cabe duda de que el Ministerio de Justicia expresa su convicción acerca tanto de que la materia mercantil se define con referencia a las exigencias de la unidad de mercado

como de que lo jurídico-mercantil se especifica por la naturaleza privada de las relaciones e instituciones que integran aquella materia.

Una vez que el proteico artículo 149.1.6º CE había utilizado el adjetivo *mercantil* para calificar la legislación de exclusiva competencia estatal, era inevitable atenerse a un criterio de mercantilidad que hiciese indubitable esa competencia exclusiva. Sin embargo no existía en nuestro ordenamiento un criterio de derecho positivo verdaderamente indiscutible. Baste mencionar aquí las dificultosas construcciones doctrinales acerca del “concepto de derecho mercantil”. De suerte que, a efectos de la mención del art. 149.1.6º CE, o se admite alguna de las posiciones doctrinales a que me refiero, o se recaería en la necesidad o, al menos, posibilidad de discutir la naturaleza mercantil sobre la que versare la ley (estatal o autonómica) en cada caso. Quizá el propósito de acometer precisamente la elaboración de un Código mercantil fuese el de que, gracias a la significación de un Código aunque el resultado no fuese tal, podía establecerse por fin un criterio legal o jurídico-positivo de la mercantilidad útil para los ulteriores procesos regulativos. Ha de reconocerse que para blindar el criterio que adoptase el legislador estatal ordinario respecto de las posibles discusiones acerca de su competencia era necesario que dicho criterio se adaptase a alguno de los doctrinalmente establecidos y que la experiencia demostraba que no eran discutibles.

A mi juicio, y a efectos de la más correcta exposición, pueden reducirse a dos los criterios propuestos por nuestra doctrina dirigidos a establecer el concepto del derecho mercantil, vale decir, para definir la “mercantilidad” a partir del texto del Código de comercio de 1885 hasta ahora vigente y de su antecesor de 1829. De un lado, está la gran mayoría de los autores que parten de la proyección del llamado derecho mercantil sobre una realidad material bien definida⁵; de otro, los autores que estiman que la propia existencia del derecho mercantil es debida a razones históricas⁶ más complejas y no es debida a las propias exigencias de una materia en sí, y aunque se afirme, como es lógico, desde su origen sobre una materia, no lo hace por las circunstancias objetivas de ésta, sino por las que se dan a consecuencia de la interacción de las razones materiales con las estructuras jurídica, social y política. Creo conveniente algunas explicaciones sobre el particular porque, en mi opinión, no siempre se han interpretado con acierto estas diferencias.

El primer sector de doctrina que define el derecho mercantil *ratione materiae* no dejan de reconocer la evolución histórica a que se sujeta la materia primigeniamente sometida a la normativa jurídico-mercantil. Lo que se afirma es que la materia, si podemos hablar así, *prejurídica* que determinó el inicio de la secuencia normativa del derecho mercantil presentaba unos puntos nuevos cuya relevancia jurídica se ha prolongado hasta nuestros días bien que sobre realidades materiales distintas entre sí pero siempre diferentes por sus peculiaridades de las definitorias de la materia propia del derecho común⁷.

⁵ Por todos, GIRON TENA, J., *El Concepto del Derecho Mercantil*, Valladolid, 1966.

⁶ RUBIO GARCÍA-MINA, J., *Introducción al Derecho Mercantil*, Nauta. Barcelona, 1969.

⁷ GIRON TENA, J., *Tendencias generales en el Derecho Mercantil actual*, en *Discurso de ingreso en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1985.

Por otra parte, los autores que sostienen la historicidad del derecho mercantil no niegan, como es natural que éste se originase en relación con unas materias concretas. Pero esas materias significaban novedad en el momento histórico originario por razones sociales y aun políticas, con las que necesariamente habían de considerarse en conexión las nuevas normas integrantes del sistema jurídico especial para su verdadera integración en el sistema social. La generalización de las circunstancias sociales deja sin razón para la especialidad a esas normas jurídicas.

Ambos sectores de doctrina, pues, coinciden en la consideración del derecho mercantil dentro del conjunto del derecho privado pero con peculiaridades que reclaman en aquel momento un régimen jurídico-privado *especial* respecto del *común*. Nótese pues, que la materia mercantil se delimita en todo caso en términos agónicos con referencia al llamado hoy día derecho civil. Pero la diferencia entre uno y otro de los sectores doctrinales se traduce en que mientras el primero considera que las novedades de la materia obedecen a un núcleo de especialidad perenne aunque formalizado evolutivamente de manera distinta, el otro sector de la doctrina estima que las novedades inicialmente observables y justificadoras del derecho especial dejaron de ser especiales ante los cambios económicos y sociales, y aún políticos, de la sociedad.

Es incuestionable que la razón histórica del derecho mercantil tiene su necesaria continuidad lógica en la afirmación de la unidad de régimen jurídico-privado para el tráfico patrimonial. El derecho privado del tráfico patrimonial de nuestro momento es necesariamente único sin que sea aceptable hablar de derecho civil y de derecho mercantil. Hacer implícita referencia aquí a la dualidad de códigos en nuestro ordenamiento se encuentra justificado por tener una incidencia determinante de la particular mención de la *legislación mercantil* en el art 149.1.6º CE. Sobre ello pues debemos volver.

Sentado todo lo anterior, es de señalar que, según se deduce del Título Preliminar del PCM destinado a disponer el ámbito de su aplicación, el legislador se ha decidido por hacer del *mercado* el centro de la definición de lo mercantil⁸. Creo que hacer del mercado la clave del arco de la mercantilidad implica superar la idea de un derecho mercantil especial *ratione materiae* y se aproxima a la otra corriente de pensamiento. Pero el PCM no puede sacar todas las consecuencias que se derivan del acertado punto de partida en cuanto que la Constitución aparentemente incide una vez más en el error de dar por hecha la dualidad de regímenes, mercantil y civil (cfr. arts. 149.1.6º y 149.1.8º CE). Esa suposición le impide al legislador ordinario extraer del criterio de mercantilidad por el que opta todas las fecundas consecuencias en orden a la unificación del derecho patrimonial privado, y el PMC resulta entonces francamente inconveniente desde el momento que consagra y da carta de naturaleza no sólo a la especialidad del derecho mercantil frente al derecho civil⁹ sino que amplía el ámbito material de aplicación de aquél a costa de una restricción de éste. Esta restricción es

⁸ El carácter central del mercado como referencia de la materia del PCM se destaca y se toma como punto de partida por OLIVENCIA, M., "El título preliminar" op. cit.

⁹ Este es el origen de las críticas procedentes del sector de los cultivadores del derecho civil que se señalan en la nota 1.

por completo irracional tanto por motivos de orden general jurídico como por los que se siguen, en el orden lógico, de la elección del criterio de mercantilidad, que debería concluir en la unidad del derecho privado patrimonial sin posibilidad de diferenciar entre sector civil y mercantil

No obstante todo lo anterior, la función otorgada al mercado en orden a la delimitación de la materia mercantil no lleva de suyo a garantizar la unidad de mercado que, no se olvide, es la finalidad pretendida con el PCM. Para que eso fuese así tendría que partirse de una noción de mercado, en primer término, certera desde el punto de vista conceptual, y, en segundo lugar, que pudiera considerarse fundada en derecho. Y ni de una y otra cosa encontramos el menor rastro ni en la Constitución ni incluso en el PCM ni en las posiciones doctrinales que han tratado más o menos directamente de nuestro tema.

Porque, puesto que la unidad de mercado se propone como un medio de índole económica para producir razonablemente ventajosas consecuencias de este carácter, la noción de mercado debemos los juristas buscarla en la ciencia económica y, dentro de ella, en la doctrina de aquellos autores que resulte más convincente y fecunda. Como de esto paso a ocuparme en seguida, me detendré ahora en lo siguiente.

Si estuviere presente en la Constitución una certera noción de mercado no sería posible que materias de índole esencialmente económica, es decir que se integran de actividades económicas desenvueltas según pautas de ese mismo carácter, se considerasen por la propia Constitución extrañas a la naturaleza mercantil que postula la competencia exclusiva del Estado para legislar sobre ellas a tenor del art. 149.1.6º CE. Así se comprueba al observar que, de acuerdo con determinados apartados de los artículos 148 y 149 de la Constitución sobre materias como la agricultura, la ganadería, la pesca, la artesanía etc., puedan recaer normas legales emanadas de las Comunidades Autónomas.

Pero incluso el art. 149.1 CE exige establecer una diferencia entre lo mercantil (nº 6º) y otras materias sobre las que la competencia del Estado no es exclusiva no obstante desarrollarse en el mercado las actividades a que esas materias se refieren.

3. EL MERCADO COMO REFERENCIA DEL DERECHO MERCANTIL

De la unidad de mercado debemos ocuparnos para conocer su significado y el puesto que ocupa en el orden constitucional, si se quiere, en la constitución económica. Pero antes resulta imprescindible partir de lo que entendemos por mercado.

3.1. Noción de mercado

No me considero desleal al debido carácter jurídico del discurso si me atengo a una noción económica de mercado. Que los juristas debamos operar con conceptos jurídicos no significa que no debamos partir, como es lógico y según nos enseña el Digesto, de la realidad sobre la que versen nuestros conceptos y nuestra

argumentación, y, siendo la realidad en este caso de índole económica, económica debe ser la noción de mercado de la que partamos para juzgar acerca del acierto del derecho al regular las actividades que tienen al mercado como su escenario propio.

No me duelen prendas al señalar que me adhiero a la noción de mercado elaborada por los mejores miembros de la Escuela Austriaca de economía¹⁰. Ciertamente el mercado no pasa de ser un elemento de un conjunto que se conoce como *sistema de economía de mercado*. Precisamente la idea fundamental de sistema u orden de economía resulta más que apropiada para nosotros porque el mercado, como centro de la mercantilidad a que se refiere el art. 149.1.6º CE, debe ponerse en relación especialmente con lo dispuesto en el artículo 38 del texto constitucional que, no por casualidad, menciona, junto al mercado, el derecho a la libertad de empresa.

En efecto, una correcta noción del mercado no puede dejar de considerar al empresario o sujeto que es quien ejerce el derecho a la libertad de empresa. Mercado y empresario están en relación de circularidad o, si se prefiere, entre el empresario y el mercado se da una interacción cibernética. Obvio es decir que en el orden lógico, e incluso en este caso hasta ontológico, el empresario es previo al mercado. El empresario realiza una función coordinadora entre quienes precisan cubrir necesidades y quienes cuentan, incluso sin saberlo, con medios que serían adecuados para satisfacerlas. Pero en ningún momento que se considere respecto del mercado está en él todo dicho; en otros términos, no hay un punto en que se pueda disponer de toda la información. El empresario es quien descubre nuevos medios o recursos para nuevos fines también descubiertos por él y su función que es, por lo tanto, propiamente servicial o de cooperación como creadora de riqueza que es, excluye que pueda reducirse a un *juego de suma cero*. Naturalmente que la función empresarial se apoya en un cálculo en el que se utiliza la información sobre los procesos de mercado que se condensa en los precios. De aquí que mayor probabilidad de acierto tendrá el cálculo, en beneficio de todos quienes participan en el mercado, cuanto más amplio sea el mercado, esto es, cuanto mayor sea el número de acciones que en él se efectúan.

Todo lo anterior nos acredita que, por ser el mercado un conjunto de procesos que cursan en el tiempo, la información que de ellos se adquiere no solo no existe de modo acabado en ningún momento, sino que se va produciendo a lo largo del tiempo. De aquí la importancia que para el mercado tiene la dimensión temporal; precisamente uno de los fundamentos de su buen funcionamiento está en la consideración de la “*preferencia temporal*” de todos quienes actúan en el mercado. Gracias a la preferencia temporal, el mercado engloba tanto la *acción de producción* como la *acción de consumo* e, incluso a la *función productiva* a que esas acciones se adscriben se añade también, indirecta pero eficazmente, la *función redistributiva* de rentas.

De lo dicho se infiere que la idea de *equilibrio* es ajena al mercado, de modo que el empresario ni parte de una situación de equilibrio ni tampoco contribuye con su acción a lograr ningún equilibrio. En virtud de ello se comprende que un ingrediente

¹⁰ HUERTA DE SOTO, J., *The Austrian School. Market Order and Entrepreneurial Creativity*, Cheltenham (UK) y Northampton (USA), Edward Elgar Publishing. 2004; IDEM “*La teoría de la eficiencia dinámica*”, *Procesos de Mercado*, Vol. I. Nº.11-71.

nocional del mercado sea la idea de *competencia*, que nunca puede concebirse de modo estático y *perfecto*, sino como apertura permanente a la posible rivalidad dentro del mercado que debe tener, por consiguiente, francos tanto el acceso como la salida.

Para el buen desempeño de las funciones del mercado es indudable que todas las acciones que cursan según sus procesos han de ser por completo libres. El mercado es fruto, y a la vez cauce, de la espontaneidad de las gentes y si no resultase equivoco podría decirse, con muy significados autores, que el mercado es un *orden espontáneo*. La equivocidad reside en que la alusión a un orden tiene como imagen referencial implícita una fotografía instantánea del mercado y, como hemos repetido, nunca una fotografía puede reflejar los procesos dinámicos que constituyen su esencia.

Establecido el concepto de mercado, procede que nos detengamos en la cuestión de su unidad.

3.2. La unidad de mercado

De la unidad de mercado se puede hablar en un doble sentido. En primer lugar, en cuanto que *todas* las acciones de oferta y demanda de bienes (finales o de consumo o aptos para sucesivas etapas de la producción incluso como *recursos* para ésta) concurren en un mismo proceso. Esta noción de unidad subyace a la de mercado que se ha expresado antes.

Pero de la unidad de mercado se habla en otro sentido diferente cuando se alude a una dimensión de su espacio que se define por el territorio a que se extiende la jurisdicción del poder político propio de una comunidad; en la actualidad hay que hablar del Estado que es la forma de organización política de una comunidad nacional. Esta dimensión de la unidad tiene sentido puesto que el mercado no puede funcionar con la eficiencia y la eficacia que de él cabe esperar si no cuenta con la seguridad que le proporcionan determinadas instituciones jurídicas como son la propiedad, el contrato y la responsabilidad, así como con la existencia de un poder judicial efectivo. Lo que se llama “marco institucional del mercado” supone un contexto jurídico que, hoy por hoy se determina, de uno u otro modo, por el Estado. Pero además tiene sentido referir la unidad al alcance territorial del Estado porque no puede dudarse de la proyección en el mercado de lo que se conocía tradicionalmente como función de policía y que hoy se despliega en numerosos y, en general, arbitrarios títulos para la intervención.

Las dos dimensiones de la unidad de mercado a que nos hemos referido no son incompatibles ni herméticas. Porque, así como un mercado total por lo que se refiere al número de operaciones puede no estar espacialmente determinado por el territorio de un Estado, también un mercado referido a un espacio estatal puede no ser unitario desde el punto de vista de la totalización de las operaciones que se efectúen en él. El fenómeno de la *globalización*, que implica una “universalización”, supone unidad del mercado en el primero de los sentidos que trasciende a las fronteras de los Estados, y, por lo que se refiere al contexto jurídico, se sujeta al derecho internacional. Por su parte, un mercado puede no estar “universalizado” en todo el territorio estatal si en ese espacio se distinguieran parcelas determinadas por barreras de

entrada y salida distintas. Tal es el caso de los Estados federales.

Pero entre el mercado global cuyo “marco institucional”, caracterizado por la libertad, y que se configura por el derecho internacional y el mercado territorialmente limitado a las fronteras del estado contamos en la actualidad con la valiosa experiencia de la ampliación de los espacios más allá de los estados sin por ello desconocer la autoridad que les es propia. Para nosotros es de singular interés el caso de la Unión Europea en cuya construcción el establecimiento de un mercado único o común constituyó un primer paso en el proceso de integración económica¹¹. Interesa subrayar que en este caso si bien la ampliación territorial del mercado no se corresponde con una autoridad única garantizadora de las instituciones jurídicas que lo sostengan, no es menos cierto que, por vías, entre otras, de armonización de los ordenamientos de los estados llega a establecerse el “marco institucional” del mercado único.

Las referencias anteriores nos sirven para comprender que la cuestión de la unidad de mercado no se ve perturbada por las diferencias relativas a las jurisdicciones estatales que puedan verse concernidas. Este dato que nos ofrece la atenta observación de la realidad nos informa de que, supuesta la irremediable, al parecer, intervención del estado en el mundo del mercado, los diferentes modos y alcances de esa intervención no suponen la ruptura o fragmentación del propio mercado. Pero si esto es así, la misma idea unitaria puede aplicarse a un mercado de ámbito estatal que, sin embargo, se someta a distintos modos de intervención administrativa y con distintos alcances; en suma, es el caso de los estados federales por lo que se refiere al mercado de la federación y es también nuestro caso en virtud de la organización territorial de nuestro Estado a tenor de la Constitución de 1978.

Todo lo dicho últimamente manifiesta que las dos acepciones de unidad de mercado antes señaladas inevitablemente se enlazan. Porque ni la territorialidad es suficiente por sí misma para entender el concepto ni tampoco lo es la intervención de una única autoridad política.

En mi opinión, lo medular que quiere expresarse con la idea de unidad de mercado está en la libertad de concurrir al mercado como agente, *en cualquier carácter*, del mismo; libertad que ha de manifestarse respecto de los bienes, de los servicios, de las personas y de los capitales, es decir en las cuatro libertades que se refieren a los actos que agotan los procesos de mercado.

La unidad en el sentido de la “universalidad” del mercado expresa antes que nada la idea de libertad¹², aunque naturalmente ésta presupone la eliminación de barreras en forma de aduanas y peajes interiores al espacio a que se extiende el mercado totalizador.

3.3. El principio de unidad de mercado

¹¹ OLESTI, RAYO, A., “La Integración Económica: El Mercado Común y la Unión Europea y Monetaria”, VVAA, *Lecciones de Derecho Comunitario Europeo*, OLESTI RAYO (Coord.), Ariel, Barcelona, 2000, pp. 235 y ss.

¹² HUERTA DE SOTO, J., “Teoría de nacionalismo liberal”, en <http://www.jesushuertadesoto.com/articulos/articulos-en-espanol/teoria-nacionalista>

Si proyectamos todo lo anterior sobre la situación que resulta de nuestra Constitución, lo primero que hay que decir, con toda la doctrina por lo demás, es que no se encuentra en ella expresamente formulado un “*principio de unidad de mercado*”. Pero también se señala, y con apoyo en el Tribunal Constitucional, que el principio está implícito o es subyacente al texto de la Constitución. En dicho principio se quiere encontrar un límite al poder que las Comunidades Autónomas pueden ejercer sobre las materias de carácter económico. Adelanto mi opinión de que es comprensible que la Constitución no aluda a la unidad de mercado por la obviedad de que el espacio en que se desenvuelven sus procesos interiores es único y se extiende hasta donde alcanza la jurisdicción del Estado nacional. Esto es lo coherente con lo que exige que se piense en la materia la realidad consolidada ya sin discusión desde el Real Decreto de 29 de Octubre de 1841 por el que se constituye definitivamente un “único espacio económico en todo el territorio nacional”¹³; por si fuera poco, es lo que se deduce sin la menor duda posible de lo dispuesto en el artículo 149.1.10º CE que aglutina el “régimen aduanero y arancelario” con el “comercio exterior” a efectos de reconocer sobre estas materias la competencia exclusiva del Estado. En lo que no se equivoca el TC es en vincular la unidad del mercado con la unidad de la nación española a que se refiere el artículo 2º CE, pero no porque de esa última derive ningún principio, sino porque una y otra cosa integran el presupuesto de realidad sobre que opera el constituyente de 1978.

Por eso no me parece necesario, ni quizá prudente, en contra de lo que, a veces, ha venido haciendo el TC, acudir al criterio de la “ordenación general de la economía” del artículo 149.1.13º CE como asiento del supuesto “principio” de unidad de mercado¹⁴.

Por otra parte, abunda en la razón para que ese principio no se encuentre ni expresa ni tácitamente formulado en la Constitución de 1978, la impropiedad en que, de existir, se incurriría de hecho al resolver sobre la distribución de competencias entre el Estado y las Autonomías porque, si de un *principio constitucional* se tratare, y de acuerdo con la doctrina más autorizada, de un lado, su interpretación habría de producirse según pautas muy distintas de las que acreditan tanto el TC como los autores que tratan del tema y, de otro lado y en concreto, sería más que discutible que pudiera entenderse que el supuesto principio serviría para establecer un *equilibrio* entre la unidad del mercado nacional imperada por ese supuesto principio y las competencias autonómicas para intervenir en el mercado. Porque lo que la evidencia empírica nos acredita es que, más allá de cualquier equilibrio, se reconoce por el TC y, en general, por las instituciones públicas y por los autores la preeminencia de las

¹³ CALONGE VELAZQUEZ, A., “El Principio de Unidad de Mercado en la Constitución de 1978”, en <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/785511.pdf>.

¹⁴ TENA PIAZUELO, V., “Defensa del principio de unidad de mercado. Riesgo de fragmentación de los mercados a través de la regulación”, en CIRCULO DE EMPRESARIOS (http://circulodeempresarios.org/sites/default/files/publicaciones/2006/05/Defensa-del-principio-de-unidad-de-mercado.-Riesgo-de-fragmentacion-de-los-mercados-a-traves-de-la-regulacion_1.pdf) y jurisprudencia allí citada, especialmente pp. 347 y ss.

normas relativas a competencias atribuidas en cada caso por el bloque de constitucionalidad respectivo sobre el hipotético principio de unidad de mercado¹⁵.

Porque ese principio no existe pueden prevalecer las distintas competencias autonómicas sin necesidad de procurar ningún equilibrio, ya que, si no fuese así, ningún equilibrio podría, en rigor, ni siquiera buscarse. De donde se deduce que de la unidad del mercado nacional se puede hablar en el sentido de la primera acepción que antes hemos concedido a la unidad y que hasta cierto punto se confunde con la libertad, de modo que debe entenderse que la Constitución establece un mercado libre en el que se ejerce libremente la empresa (cfr. art. 38 CE).

Si la unidad del mercado significa que en todo el territorio nacional el mercado es libre, esto es, que en él se dan las cuatro libertades famosas no es fácil aceptar que, sin más, la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas a efectos de la intervención administrativa, reitero que al parecer irremediable, lesione la unidad de mercado así entendida.

Las competencias autonómicas sobre materias de índole económica pueden en teoría concebirse como integrando el *marco institucional del mercado*. Debemos entender que sus consecuencias, mientras se mantenga la libertad de mercado y de empresa, no representarán una fragmentación del mercado nacional como lo fragmentaría, por ejemplo, el establecimiento de fronteras interiores o las aduanas y aranceles. La cuestión central de las regulaciones se desplaza entonces a las condiciones de ejercicio de los derechos cuyo contenido dice relación a las operaciones en el mercado. Como es natural, esta perspectiva no ha pasado desapercibida al TC ni a la doctrina. Pero adviértase, que para el TC y para la doctrina, tanto el artículo 38 CE, relativo al derecho a la libertad de mercado, como el artículo 139 CE, referido a otros derechos, cuyos preceptos configuran el mercado libre, quedan matizados en cuanto que no tratan propiamente del ejercicio de los derechos en sí sino de las *condiciones básicas* de ese ejercicio. Por esta razón no todas las regulaciones autonómicas, que sean legítimas por su específica atribución por el respectivo “bloque de constitucionalidad”, puede considerarse que implican la ruptura del mercado nacional. Notemos sin embargo que esto no se puede entender tampoco respecto de cualquier regulación. A mi juicio, no debe considerarse que fragmentan el mercado único nacional las regulaciones que simplemente suponen incremento de los costes sin afectar a otros aspectos del proceso productivo¹⁶. Pensar lo contrario supondría admitir que no existe un mercado único en la Unión Europea o que el fenómeno de la “globalización” es inexistente y ya se han dado razones para ver que no es así. Otra cosa bien distinta es que las diferentes regulaciones aunque sean incapaces de parcelar el mercado no tengan consecuencias perniciosas desde el punto de vista económico.

Es sin embargo claro que, a causa de la creciente, y al parecer irremediable,

¹⁵ En el sentido del texto, por todos, PEREZ ROYO, J. et al., “El principio de unidad de mercado en la configuración de Estado Autónimo”, en *Centro de Estudios Andaluces. Consejería de la presidencia*. <http://www.centrodeestudiosandaluces.es/datos/paginas/proyectos06/DCHO15.pdf>

¹⁶ CABRILLO, F., “Unidad de Mercado y Competencia Regulatoria”, ICE. Nº 871, Marzo-Abril 2013. http://www.revistasice.com/CachePDF/ICE_871_25-34_6FDA1B1592FCFD54B44FE17C7003FFDE.pdf

insisto una vez más pues no soy capaz de entender la razón, intervención pública de la economía, los poderes públicos establecen coercitivamente condiciones de actuación como si ellas pudieran tan solo tener consecuencias en el marco institucional del mercado y no modularan las mismas operaciones que en él se efectúan. Como, en efecto, se produce en muchos casos esa influencia sobre las acciones que cursan según los procesos del mercado, es preferible, desde el punto de vista de la libertad del propio mercado, que las regulaciones emanen de los poderes de ámbito más limitado antes que de un supuesto poder central único porque sólo así se garantiza un grado de libertad mayor de ese mercado que si se confiriere la potestad regulatoria a un poder único que se extendiera a todo el espacio territorial. Ahora bien, esta preferencia tiene su límite en el punto a partir del cual no podría hablarse de *un* mercado operativo como tal y de ahí que se atribuya al poder ejercido sobre todo el espacio la potestad de establecer límites máximos que no puedan traspasar las distintas regulaciones. De este modo, se mantiene la libertad de mercado en todo el espacio sin por ello excluir las beneficiosas consecuencias que también se derivan de la posible competencia entre las regulaciones autonómicas que pueden influir en decisiones de tanta importancia económica como la “localización” o “deslocalización”, por ejemplo¹⁷.

Estas ideas son perfectamente aplicables al caso del mercado nacional sobre el que gravitan las competencias autonómicas y las del Estado, y no cabe duda de que la solución que acaba de proponerse se establece en el art. 150.3 CE cuando alude a las leyes de armonización¹⁸.

3.4. La unidad de mercado y el derecho privado patrimonial

El mercado tiene como presupuestos de su existencia y de su función eficiente y eficaz en el orden económico, que es al que por naturaleza pertenece, que en el espacio a que se extiende se reconozca y respete el derecho de propiedad así como que rija un derecho de obligaciones y contratos y un derecho de la responsabilidad, incluso penal. Y todavía es preciso matizar que, por definición, las ramas que tienen a esos sectores como su materia pertenecen, según la clásica y “magna división”, al ordenamiento jurídico-privado. Por el contrario, las regulaciones son fruto de las competencias reconocidas en el ámbito del derecho público y se manifiestan en normas de ese carácter.

Situados ya en el campo del derecho privado, es hora de volver a nuestra cuestión central sobre la necesidad o conveniencia de promulgar un Código mercantil para la satisfacción del sistema de economía de mercado imperado por la CE. Contamos para ello con la anterior definición del mercado único, antes que nada como

¹⁷ HUERTA DE SOTO, J., *Teoría del nacionalismo*. Op.cit.

¹⁸ La doctrina destaca el no uso de este remedio por parte del Estado. Por todos YZQUIERDO TOLSADA, M., “Los excesos autonómicos en el Derecho Civil y la ortopédica solución de la huida al Derecho mercantil”. *La Ley*. N°8439. Diciembre 2014. No deja de ser curioso que el legislador estatal se haya visto obligado a recurrir a confeccionar la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, cuya oportunidad y contenido resultan más que discutibles. Vid. MUÑOZ MACHADO, S., *Sobre la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado*, en Prólogo a la obra VVAA (Alonso, MJ, Dir.), *Comentario a la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado*.

mercado libre, que se configura sobre la base de la “totalización” o “universalización” de las operaciones a que alcanzan sus procesos; asimismo contamos con perfiles definidos de la acción de intervención pública que puede darse en el mercado espacialmente determinado por las fronteras del estado. Ceñimos ahora, pues, nuestra pregunta al significado que cabe reconocer a un régimen jurídico-privado *especial* para las operaciones que cursan en el mercado.

Si anteriormente concluimos que la investidura de las normas jurídicas bajo la forma de código no añadía nada a la cuestión primordial del régimen jurídico-privado de las operaciones de intercambio efectuadas en un sistema de mercado, ahora deberemos concluir que el PCM no solo no tiene relevancia a efectos de la unidad del mercado nacional sino que constituye una traba real para el principio de libertad de mercado y en último término para el propio sistema de mercado, a la vez que puede afectar a la igualdad de todos los españoles en cuanto al ejercicio de sus derechos. Veámoslo.

La publicación de un nuevo Código mercantil, consagra entre nosotros la dualidad de regímenes jurídico-privados y lo hace con el alcance de radicalidad y de duración que se desprende de su anclaje en la Constitución. Podría pensarse que esa dualidad esta ya más que consagrada a partir de la dicotomía que se deduce de los apartados 6º y 8º del artículo 149 CE. Sin embargo, y de acuerdo con lo que hemos concluido anteriormente, la referencia a lo *mercantil* no obliga a entender que abarca al sector de las obligaciones y contratos. El hecho de que en el Código de comercio vigente se recojan aspectos de derecho de contratos e incluso algunos lleguen a tipificarse y a ser objeto de regulación propia no significa que el nuevo Código mercantil tenga que darles esa acogida puesto que eso no es lo que ocurre precisamente en relación con otros sectores que, regulados por el Código de comercio vigente, quedan sin embargo al margen del PCM, según hemos visto antes.

Por otro lado, la única mención que existe en la Constitución al derecho de las “obligaciones contractuales” se contiene en el art. 149.1.8º CE, esto es, en conexión con la legislación *civil*, y no puede dudarse de la pertinencia de la interpretación de que la *específica* mención del sector de contratos en el precepto constitucional ha de desplazar a lo que no sería más que pura construcción dogmática realizada a partir de una *genérica* mención a la legislación mercantil en otro apartado (el 6º) del precepto constitucional. Esta regla interpretativa de que en el ámbito de las competencias cuando dos reglas entran en conflicto por poderse incluir la misma materia en dos ámbitos competenciales ha de prevalecer aquella que sea más específica sobre las más genérica ha sido, sabiamente a mi juicio, utilizada por el TC¹⁹. Pero hay otros motivos para suponer además que la Constitución antes apoya la unificación del derecho de contratos que el mantenimiento de la dualidad de regímenes.

En primer lugar, la *constitución económica*, aun con sus contradicciones respecto de la intensidad de la intervención pública en la economía derivadas de las ideologías políticas a las que se suponía que había que contentar en el momento de la redacción y aprobación del texto constitucional, no es dudoso que se asienta en el

¹⁹ SS.TC 71/1982 de 30 de noviembre (RTC 1982, 71) y 88/1986 de 1 Julio (RTC 1986, 88).

sistema de mercado del que éste es, como es natural, pieza central; sistema que se conoce como economía capitalista. Cabe, pues, sostener que la Constitución, aun incluso indeliberadamente, se inclina por la tesis que, si bien concibe al derecho mercantil como referido a una materia como es la actividad económica privada, tiene su razón de ser histórica en el modo *capitalista* de desenvolverse esa actividad; modo que, por la inevitable interacción de los subsistemas vinculados a determinadas estructuras sociales, exigía en la baja edad media un tratamiento jurídico *especial* respecto del *común* que demandaba la actividad económica desenvuelta según pautas ajenas al modo *capitalista*. Por lo que, inexistentes al día de hoy esas estructuras, mantener la centralidad del mercado para toda actividad económica no es razón para mantener separados los regímenes privados del único sector jurídico patrimonial, que ya no ha de ser ni civil ni mercantil²⁰.

Por otro lado, ya sabemos que el mercado ha de acoger, al menos tendencialmente, todas las operaciones de intercambio que se efectúen en el ámbito del espacio nacional porque sólo mediante esa “totalización” el mercado será eficiente ya que, al recoger en sus procesos todas las acciones de los productores y de los consumidores, el empresario podrá realizar su función coordinadora. La totalización es imposible desde el momento en que se admite un régimen dual para regular dichas acciones. Así pues, en el orden jurídico- privado la separación entre unas y otras operaciones de índole o con trascendencia patrimonial implica la ruptura o fragmentación del mercado y, de acuerdo con todo lo expresado anteriormente, se conculcaría el propio sistema de mercado, que es vertebrador de la constitución económica.

En este sentido, y lo digo con el mayor de los respetos y sin la menor reserva en el aprecio que me merecen las personas que han contribuido a la elaboración del PCM, no participo de la tesis de que existen operaciones de intercambio propias del mercado y otras que no lo son. Al ser el mercado el proceso por el que se desenvuelven las operaciones de intercambio según *nuestro sistema económico*, el suyo es un concepto previo a cualquier punto de vista jurídico y, de acuerdo con lo que se ha dicho, en el mercado se efectúan todas las operaciones de intercambio. Teniendo además en cuenta que aquí no juega la idea de la condición “organizada” o no del mercado, se ha de concluir que no sólo deben cursar en él las operaciones que “ontológicamente” reclamen la presencia de una empresa²¹.

Llegados a este punto, es obligado deducir que la referencia a la legislación mercantil en el art. 149.1.6ºCE no exige interpretar que acoge al sector de obligaciones y contratos como tampoco al de la propiedad y otros derechos reales ni, finalmente, al sector de la responsabilidad patrimonial. La referencia explícita a las “obligaciones contractuales” en el art. 149.1.8º CE puede ser motivo bastante para atribuir al constituyente la consideración unitaria del tratamiento del derecho de contratos, de todos los contratos, en su aspecto básico.

²⁰ DIEZ-PICAZO, L., “Propiedad y Constitución”, en VVAA *Constitución y Economía*. RDP. Madrid. 1977. pp. 41 y ss.

²¹ GARRIGUES, J., *Temas de derecho vivo*, Tecnos, Madrid, 1978. Si se mira con cuidado sigue al maestro OLIVENCIA, M., “El Título Preliminar” op. cit.

También es cierto sin embargo que aceptando, como sin duda viene aceptando el TC, que la “legislación mercantil” del artículo 149.1.6ºCE presta su cobertura a los contratos mercantiles, la mención en el artículo 149.1.8ºCE de las “obligaciones contractuales” como materia de competencia “exclusiva” estatal se refiere tan sólo a las de carácter civil, y todavía puede entenderse que la específica mención de las *bases* de estas obligaciones se ciñe a los casos en que la Comunidad Autónoma de que se trate disfrute de un derecho civil foral o especial²². Aun siendo discutible esta opinión, todavía me parece que sirve para reforzar la de que no existe ningún motivo, aparte del más que discutible doctrinal o dogmático, para creer que algunos contratos deben ser considerados mercantiles y otros civiles a efectos de la atribución de competencia administrativa. De donde debemos deducir, sin lugar a dudas, que incluir en los Libros Cuarto y Quinto del PCM una regulación de las obligaciones y contratos mercantiles supone una toma de postura por el legislador ordinario de algo que no se deduce de los términos literales del texto constitucional; que, por otra parte, debía, y debe todavía, haber sido ocasión precisamente para proceder a la unificación del derecho de obligaciones y contratos²³.

Porque más allá de la pertinencia de esa unificación desde un riguroso punto de vista jurídico, la unificación serviría, no a ningún principio de unidad de mercado que no existe, sino al sistema de economía de mercado establecido en la Constitución, que exige, como sabemos, un mercado totalizador de cuantas operaciones de intercambio de los títulos de propiedad *lato sensu* se realicen en el ámbito del territorio nacional.

En mi opinión, extraer de la *materia mercantil* aludida en el artículo 149.1.6ºCE el derecho de contratos, incluso contando con la interpretación más desfavorable del artículo 149.1.8ºCE de que sólo es en todo caso de competencia estatal exclusiva la legislación sobre las “bases de las obligaciones contractuales”, tendría unas consecuencias ventajosas para nuestra realidad jurídica, económica y social, supuesta la interpretación del TC de que respetar las bases significa el no poder introducir nada que signifique un *novum* obligacional²⁴.

No es aceptable, pues la “huida” al derecho mercantil a fin de dar satisfacción al supuesto principio de unidad de mercado²⁵. Lo que debe importar a

²² En este sentido BERCOVITZ, R., “La Defensa Contractual del Consumidor y el reparto de Competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en la Doctrina del Tribunal Constitucional”, *Actualidad Civil*. Nº 13, Semana 12-18 Enero 1987. pp. 145 y ss.

²³ La unificación sin duda alguna es meta que está en marcha en el derecho comparado y en el ámbito de la UE. Por todos, GÓMEZ POMAR, F y GANUNZA FERNÁNDEZ, JJ., “Fundamentos económicos de la armonización del Derecho Privado europeo”, *Indret*. Barcelona. Abril 2011; VALPUESTA GASTAMINZA, E., “La propuesta de normativa común de compraventa europea (CESL), un paso más hacia la unificación del Derecho de contratos en la Unión Europea, lastrado por la protección al consumidor”, en *UC3M* <http://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/viewFile/1718/793>;

GÓMEZ POMAR, F y GILI SALDAÑA, M., “El futuro opcional del Derecho contractual europeo: una breve introducción a las cuestiones de formación, interpretación, contenido y efectos”. *Indret*. Barcelona, enero 2012. Véase la Resolución Legislativa del Parlamento Europeo de 26 de Febrero de 2014, sobre la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a una normativa común de Compraventa europea.

²⁴ BERCOVITZ, R., “La Defensa Contractual”. Op.cit.

²⁵ YZQUIERDO TOLSADA, M. “Los excesos autonómicos” op. cit. Sobre el PCM y la materia contractual, Vid. VERGEZ, M., “La regulación de las obligaciones y de los contratos mercantiles en

efectos del buen funcionamiento de un mercado libre, debe ser un ordenamiento jurídico privado unitario²⁶.

Por otro lado no deja de representar una profunda contradicción con el sentido que se atribuye a los términos civil y mercantil por el legislador ordinario del PCM el considerar que los consumidores no son “operadores del mercado sujetos a este Código” (cfr. I-11 EM). Y, por consiguiente, que sólo algunos contratos en los que participen se podrán considerar mercantiles siempre a tenor del criterio concreto establecido para el caso en el propio PCM (cfr. VI- 5,6 y 7 EM). Dejando al margen la importante cuestión de los *actos mixtos*, cuyo tratamiento mercantil no se dudaba por la mejor doctrina tradicional y aceptando que los contratos en los que intervienen consumidores se sujetan a la competencia estatal por la vía de las “obligaciones contractuales” o sus bases pese a que la competencia autonómica se extienda a “protección de consumidores”²⁷, sin embargo se plantea el contrasentido de que se intente unificar el derecho privado patrimonial relativo al mercado dejando al margen las operaciones con consumidores como si ellos no fuesen agentes, y principalísimos, en el mercado. Bastará recordar aquí cuanto se ha dicho antes respecto del real significado económico del mercado como centro unificador de *todas* las operaciones de tráfico patrimonial desde el momento que, según los procesos del mercado, deben cursar los actos de producción y de consumo.

4. CONCLUSIÓN

Procede, pues, que concluyamos nuestro estudio sentando que si, la promulgación de un nuevo Código mercantil, que además no es tal, no representa nada respecto del problema que la distribución de competencias y su posible concurrencia plantean para el sistema de mercado imperado por la Constitución, la selección de relaciones e instituciones realizada por el legislador ordinario del PCM supone consagrar en el ordenamiento jurídico privado patrimonial español la dicotomía entre derecho civil y mercantil, llevándola además a su exasperación dado el fundamento constitucional que se le procura.

La profundización en la dualidad de regímenes jurídico-privados, lejos de favorecer el régimen jurídico relativo al mercado, que impropriamente se asocia a una “unidad de mercado”, significa un atentado contra el sistema de economía

general en la Propuesta de Código mercantil, *RDM*, N°.292. Abril-Junio 2014. pp. 11 y ss.

²⁶ El derecho jurídico privado patrimonial ni es de derecho mercantil, ni es de derecho civil, como opuesto al mercantil, véase, DE LA CUESTA RUTE, JM., “Sobre la unificación del Derecho privado patrimonial en Europa”, en VVAA. (Valpuesta Gastaminza Coord.) *Unificación del Derecho Patrimonial Europeo*. Bosch. Barcelona. 2011. pp. 23 y ss. Puede sin embargo considerarse que es de derecho civil en el sentido profundo y clásico de esta denominación.; ÍDEM en el Prologo a la obra citada; ÍDEM en *Presentación*, de *Contratos Mercantiles*, Tomo I. 2ª ed. Bosch, Barcelona, 2009.

²⁷ BERCOVITZ, R. “La defensa contractual” op. cit.; ESTEBAN DE LA ROSA, F y OLARIU, O., “La aplicación de la Normativa Común de Compraventa (CESL) a los contratos de consumo: nuevos desafíos para el sistema de Derecho internacional privado europeo”. *Indret*. Barcelona, Enero 2013. Sobre la cuestión, la Resolución del Parlamento Europeo de 8 Junio de 2011, sobre Opciones para Avanzar hacia un Derecho Contractual Europeo para Consumidores y Empresas.

que, en rigor, ha de sustentarse en un mercado que será tanto más eficiente cuanto más amplio sea el número de operaciones que comprenda. La arbitraria “huida al derecho mercantil” no representa, pues, llegar a ningún refugio.

Nuestra conclusión final debe, ser a mi juicio, la de que también las referencias a la legislación mercantil y civil del artículo 149.1.6º y 8ºCE respectivamente, hacen más que censurable la organización que *de facto* ha resultado de la configuración del Estado autonómico en nuestra Constitución. Su arcaísmo de fondo, aunque pretenda disfrazarse de modernidad y progreso, carnaval ahora demasiado frecuente, lo hace disfuncional. Por esa razón debe rectificarse la interpretación que se ha dado por el TC en relación con estas y otras cuestiones centrales del sistema constitucional, y debe también evitarse, mediante la oportuna corrección de las deficientes normas sobre recursos de inconstitucionalidad, que se entiendan consagradas interpretaciones incoherentes. Sería de lamentar que mediante la promulgación del nuevo Código Mercantil, en proyecto, se incidiera en un despropósito más que habría de ser germen de continuos errores inconsistentes además con el sistema de economía imperado por la Constitución de 1978.